

Apontamentos sobre as Categorias Fundamentais da Jurisdição Constitucional

José Jesus CAZETTA JÚNIOR*

• **SUMÁRIO:** Introdução: os limites e o objetivo deste ensaio. 1 Constituição: rigidez, força normativa e aplicabilidade direta. 2 O controle de constitucionalidade entre as funções fundamentais do Estado (a gênese do instituto, notas sobre sua expansão e classificação). 3 Estrutura e classificação das normas constitucionais (regras, princípios e valores). 4 A interpretação constitucional: limites e peculiaridades (o delicado equilíbrio entre a produção e a aplicação do direito). 5 A motivação das decisões proferidas no controle de constitucionalidade: importância e função. 6 Eficácia da decisão e coisa julgada: uma distinção fértil – A necessidade de ir além para entender a eficácia normativa dos precedentes (ou efeito vinculante).

• **RESUMO:** Este artigo examina algumas categorias fundamentais da jurisdição constitucional (os conceitos de Constituição, de sua força normativa e de sua rigidez); a origem do controle de constitucionalidade, as causas de sua expansão e os interesses a que tem servido; a divisão das normas constitucionais em regras, princípios e valores; a interpretação constitucional, com breve reflexão a respeito de seus limites e peculiaridades, que gravitam em torno do delicado equilíbrio entre a produção e a aplicação do direito; a motivação das decisões constitucionais, com ênfase na importância que ela tem e na função que realiza; a distinção entre coisa julgada e eficácia da decisão.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Constituição: rigidez, força normativa e aplicabilidade direta. Controle de constitucionalidade: motivação e eficácia das decisões. Coisa julgada. Classificação das normas constitucionais: regras, princípios e valores. Interpretação constitucional: limites e peculiaridades.

Introdução: os limites e o objetivo deste ensaio

O chamado efeito vinculante é produzido por algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF): aquelas, próprias do controle concentrado de constitucionalidade, nas quais há o acolhimento ou a rejeição do pedido.¹ Trata-se, pois, de um efeito peculiar às decisões de mérito que nossa Corte Constitucional profere: na ação direta de inconstitucionalidade; na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental (cf. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 28, parágrafo único, e Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, art. 10, § 3º).

Ainda não há consenso quanto à sua estrutura, quanto à sua função e quanto aos seus limites. Tudo isso merece, certamente, um estudo cuidadoso. Mas o nosso propósito, aqui, situa-se em uma questão prévia: simplesmente definir as circunstâncias históricas e os fatores ideológicos subjacentes à introdução dessa categoria no direito brasileiro. Daí a necessidade de refletir sobre o contexto no qual

* Promotor de Justiça em São Paulo (Capital). Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo, instituição pela qual também se graduou.

¹ Em ação declaratória de constitucionalidade, proposta conjuntamente pelo Presidente da República, pela Mesa da Câmara dos Deputados e pela Mesa do Senado Federal, o STF decidiu que pode conceder medida cautelar para assegurar, temporariamente, eficácia geral à futura decisão de mérito. O relator citou precedente (RTJ 76/342), considerou irrelevante a inexistência de previsão constitucional para a providência e argumentou que “o poder de acautelar é imanente ao de julgar”. Com esse fundamento, suspendeu *ex nunc*, e até o julgamento do mérito, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, motivada na suposta inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, vício afirmado por muitos juízes e sobre o qual havia intensa controvérsia entre distintos órgãos da Justiça Federal (STF, Pleno, ADC 4 (MC), j. 11.2.98, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 21.5.99, p. 00002; no mesmo sentido: ADC 8-DF, j. 13.10.99, rel. Min. Celso de Mello).

surge ou, mais exatamente, sobre as categorias fundamentais da jurisdição constitucional.

Algumas doutrinas políticas centenárias, nascidas na Europa (ou, mais exatamente, na área situada ao norte do Atlântico) e exportadas para muitas de suas antigas colônias (inclusive para o Brasil), ainda conservam uma extraordinária força na argumentação jurídica. Assim se dá com a divisão funcional do poder ou, como se prefere dizer entre nós, com a *separação dos poderes*. Na sua versão clássica, nasceu entre o século XVII e o XVIII e teve sua máxima difusão ao longo do século XIX. Ela só faz sentido no sistema político e jurídico moderno que designamos como Estado e, na sua gênese, é indissociável de um tipo peculiar de relação (ideal) entre este e a sociedade, cujo traço mais nítido é o relativo isolamento entre ambos.

Esse modelo de organização da estrutura estatal foi concebido para superar o absolutismo e propunha uma divisão cômoda para o modesto papel que a doutrina liberal atribuía ao Estado. Segundo o esquema proposto, as funções estatais básicas – que atraem e absorvem todas as outras – são redutíveis a três categorias, conforme se trate de a) editar as regras jurídicas gerais; b) aplicá-las espontaneamente para a realização de algum interesse público; ou c) decidir controvérsias relativas a violações de normas, impondo eventualmente as sanções cominadas, sob a provocação de quem tenha interesse e perante partes contrapostas. Tais classes correspondem, respectivamente, à função *normativa*, à função *executiva* e à função *jurisdicional* e é em torno delas que se organizam aparatos distintos entre si, para que as exerçam em caráter tendencialmente privativo. Apresentados como titulares por excelência das funções fundamentais, esses grupos de órgãos tornam-se, portanto, os três Poderes do Estado: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Esse mecanismo ideal – que sempre conviveu com desvios marginais – foi pensado para assegurar o equilíbrio no movimento geral do aparato público e servia (como ainda serve) para reduzir o ritmo de sua atuação, tanto mais quando combinado, adequadamente, com a doutrina dos freios e contrapesos. O eixo daquela tripartição é justamente a idéia de uma sociedade civil, composta por indivíduos livres e ca-

paz de se desenvolver por si mesma, virtualmente separada do Estado, entre cujas virtudes ingressa, pois, uma boa dose de lentidão e até de inércia. Interessada em remover os últimos obstáculos para sua expansão, a burguesia pregava o reconhecimento e a garantia de amplos espaços de liberdade em todos os setores das relações sociais, sobretudo para a produção e a acumulação da riqueza. E como convinha ao ideário da época, o Estado foi modelado para se abster de interferências nocivas no gozo desses direitos e para defendê-los, com o monopólio da violência legítima e a promoção da segurança jurídica.

A concepção liberal exigia que pelo menos um órgão do Legislativo representasse a sociedade civil burguesa, que via a si mesma como a melhor defensora da (sua) liberdade. Desse modo assegurava que as normas jurídicas, vinculativas para os demais Poderes, fossem um veículo eficaz para os seus próprios valores. E ao Judiciário se outorgava uma independência instrumental em relação ao Executivo e ao Legislativo, para que se limitasse a aplicar a lei, tal como fora produzida, no (falso) pressuposto de que o raciocínio jurídico é composto por uma série de silogismos, cujas premissas estão imunes à vontade de quem realiza as inferências.

Esse desenho foi figurativo enquanto durou a realidade política que ele buscava retratar. Porém, profundas mudanças na economia e na cultura – associadas ao desenvolvimento do capitalismo – levaram à gradual dissolução das bases do Estado oligárquico (o que, aliás, não aconteceu em idêntico ritmo em todos os lugares, como bem sabemos).

Do ponto de vista puramente formal, um dos fatores que contribuíram para isso foi o extraordinário crescimento, em toda parte, do colégio eleitoral, com a progressiva incorporação de vastas categorias de eleitores, até então excluídas de influência na formação do Parlamento.

Certo peso também deve ser atribuído ao papel que passou a ser assumido, modernamente, pelos partidos políticos ou, mais exatamente, pelos grupos de pressão,² explicitamente voltados à defesa de

² Os grupos de interesse – assim chamados porque expressam interesses parciais ou defendem causas específicas – operam no sistema social e não disputam as eleições. Qualificam-se como grupos de pressão quando buscam uma influência sobre

interesses parciais, vinculados a algumas classes, setores ou grupos da sociedade. Portanto, em aberta contradição com o mito que a opusera, em bloco, ao Estado, como se fosse (o que nunca foi) um conjunto homogêneo e compacto.

Nesse contexto – de profunda fragmentação das forças políticas e de antagonismo entre elas –, é claro que a lei já não podia ser o veículo supremo dos valores. Com a alteração no equilíbrio político, emergira o risco concreto de que se convertesse no principal instrumento para negá-los. Daí a sua gradativa transformação de critério em objeto (eventual) de julgamento. Em última análise, é disso que cuida o controle de constitucionalidade.

O vocábulo controle não pertence exclusivamente ao mundo do Direito e na terminologia jurídica tem mais de um sentido (cf., por exemplo, COMPARATO, 1977, p. 9 e ss.). Entretanto, em Direito Público geralmente é empregado em uma acepção estrita: expressa a verificação de compatibilidade entre uma conduta (ou atividade) e os preceitos a que ela está submissa.

Esse fenômeno pressupõe uma relação entre sujeitos ou órgãos *distintos*, um dos quais *fiscaliza* o comportamento do outro. Estão em causa duas competências diferentes: a primeira, para produzir o ato; a segunda, para revê-lo. Portanto, não se trata de *renovar* o exercício do *mesmo* poder (cf. PIZZORUSSO, 1988, p. 1 e ss.), mas de *complementá-lo* – ali está a função principal; aqui, a acessória (cf. GIANNINI, 1981, p. 47).

os centros políticos de decisão, como corpos intermediários entre os indivíduos e as estruturas políticas. Se agem de modo organizado, são designados como “lobbies”. A expressão desses interesses setoriais é favorecida pelo pluralismo político da democracia contemporânea. Cf., inclusive para essas distinções terminológicas, Lorenzo Ornaghi (*Enciclopédia del Diritto, Aggiornamento*, 1999, p. 656-667). A literatura sobre o tema é vastíssima. Cf., por exemplo, inclusive para outras referências bibliográficas, Robert Morrison MacIver (1935, p. 344-348); Lester Milbrath (1968, p. 471-468); Gianfranco Pasquino (apud BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1983, p. 496-505); Alan Cawson (apud BOGDANOR (1987, p. 370-372); Stanislas Ehrlich (apud ARNAUD, 1993, p. 274-275); Giovanni Boggetti (1998, *passim*, especialmente p. 1-8, 69 e ss. e 169-182).

Com esse significado, é claro que o controle nunca pertence à própria ação de que se ocupa.³ Além disso, sempre interfere em uma atividade anterior⁴ e sua função é justamente conferir se está em harmonia com alguns critérios (e valores) para cuja preservação foi concebido. Ele se compõe, necessariamente, de um juízo de adequação e atinge, conforme o caso, a validade ou a eficácia do ato. Estes são, resumidamente, seu objeto, seu fim e sua estrutura – aspectos fundamentais para compreender o conceito (cf. FORTI, apud ORLANDO, 1915, p. 607 e ss.).

O controle de constitucionalidade pertence a esse gênero: tendo por parâmetro a Constituição e por escopo a manutenção de sua primazia, incide em atos imediatamente inferiores, fiscalizando o processo de produção de atos normativos e o respectivo produto.

Esta é uma descrição sintética, que oculta, deliberadamente, a imensa complexidade do quadro. Para apreendê-lo em (algumas de) suas dimensões infinitas, é indispensável uma visão clara da miríade de fatores que o compõem. Como é freqüente na prática profissional do Direito, muitos deles são simplesmente pressupostos e ficam, assim, tácitos, para poupar esforço e tempo. Acontece que as diferenças de concepção variam do zero ao infinito e aí está, provavelmente, a principal fonte da confusão no incessante debate sobre a estrutura, o objeto e o fim da jurisdição constitucional.

Aprofundar aqui todos os elementos seria inviável e, para a finalidade específica deste ensaio, basta focalizar alguns, que constituem as suas categorias fundamentais. Daí a importância de percorrer um itinerário que pode ser resumido em seis etapas, assim ordenadas:

³ O autocontrole é, simplesmente, moderação, prudência, comedimento, mas por efeito da própria vontade, que traça para si as fronteiras em que opera e cujos marcos remove quando lhe convenha.

⁴ Assim também ocorre com o chamado controle *prévio*: o que o distingue de seu antônimo (o controle *a posteriori*) não é a inexistência de uma atividade que o preceda, mas a circunstância de incidir antes que ela se complete ou adquira eficácia.

- a) em primeiro lugar, vem a Constituição, sua força normativa e sua rigidez (sem a qual o problema proposto não tem razão de ser);
- b) em segundo, uma questão prejudicial – e rica de conseqüências práticas –, pela qual se tem tratado de inserir o controle de constitucionalidade entre as funções fundamentais do Estado, tema em que é útil refletir sobre a origem do instituto, as causas de sua expansão e os interesses a que tem servido;
- c) em terceiro – e com o aproveitamento da solução que se der à questão prévia –, entra a divisão das normas constitucionais em regras, princípios e valores;
- d) em quarto, ingressa a interpretação constitucional, com breve reflexão a respeito de seus limites e peculiaridades, que gravitam em torno do delicado equilíbrio entre a produção e a aplicação do direito;
- e) em quinto, um tema conexo, que concerne à motivação das decisões constitucionais e busca estudar a importância que ela tem e a função que realiza;
- f) em sexto, vem a distinção entre coisa julgada e eficácia da decisão, habitual em nossa doutrina, mas que certamente não basta para explicar a eficácia normativa dos precedentes, à qual pertence o nosso efeito vinculante.

1 Constituição: rigidez, força normativa e aplicabilidade direta

A palavra “Constituição” tem diversos sentidos. Em um deles, expressa o limite ao poder político. É este o conceito próprio do constitucionalismo liberal, cuja pedra angular está na separação dos poderes e na garantia de um âmbito de autonomia individual, imune ao Estado. Essa idéia ficou nítida no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada e a separação dos poderes determinada não dispõe de constituição”.⁵

⁵ No original: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution”.

Modernamente, a Constituição já não demarca, apenas, a fronteira entre o Estado e a sociedade. Ela não é só um limite, mas a fonte de legitimação do poder estatal (cf. HÄBERLE, 2000, p. 15). Por isso, já não é simplesmente “um sistema de regras de procedimento para a produção de decisões vinculantes com eficácia geral”; ela contém também “um projeto ou desenho mais ou menos abrangente, mais ou menos utópico, da vida comunitária em uma sociedade” e serve, assim, “como modelo básico para a atribuição dos recursos materiais”, razão pela qual até mesmo as normas programáticas, ao fixar os objetivos da atividade estatal, ou ao reconhecer as necessidades particulares de determinados grupos, indicam os pontos cardeais para qualquer avaliação futura do Estado.⁶

Aqui o termo será empregado para designar um documento normativo específico e singular, dotado de certas características formais – ou seja, um texto, redigido em linguagem natural e que exprime as normas jurídicas fundamentais do Estado. Nessa acepção, está no vértice do ordenamento e se distingue das demais fontes pelo nome, pelo procedimento de formação e pelo conteúdo típico, que é a atribuição de poderes aos órgãos estatais (inclusive para a produção de normas) e a disciplina das relações que o Estado mantém com os indivíduos.

A Constituição é, por definição, o produto do poder constituinte – noção ainda impregnada por intensa manipulação ideológica e que, em última análise, só faz sentido em contraste com o poder constituído, que dela extrai o seu fundamento de validade (e eficácia). Quando proíbe a própria revisão ou sempre que sua reforma pressupõe um processo mais complexo do que o previsto para a formação da lei, ela adquire uma força peculiar, que a coloca acima de todas as outras fontes do ordenamento, inclusive o direito formulado com a contribuição do Parlamento. Nesse caso se diz que é rígida e dotada, portanto, de primazia sobre a lei, que por isso mesmo só é válida quando, além de não a contrariar na forma, é materialmente compatível com o que ela ordena.

⁶ Cf. Erhard Denninger (apud PÉREZ LUÑO, 1996, p. 311). Em sentido semelhante, cf. Hans Peter Schneider (1991, p. 40 e 44-47).

O legislador, desse modo, também se sujeita à Constituição. Isso não quer dizer que só possa agir quando tenha sido especificamente autorizado. Nem significa que as leis devam se limitar a um desenvolvimento lógico dos princípios constitucionais (cf. GUASTINI, 1995, p. 90). Ele nunca é um simples executor da Constituição e a função que realiza não constitui mera aplicação de normas. Por isso mesmo, não pode ser equiparada à que é feita, em relação à lei, por atos administrativos ou decisões judiciais.

Por ser um conjunto de preceitos finito e incompleto, será necessariamente compatível com a Constituição qualquer ato que discipline uma matéria de que ela não cuidou (cf. PIZZORUSSO, in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1, p. 3, 1989). E assim também se dará em relação a tudo que tenha autorizado, sem a escolha da forma e, sobretudo, do objeto. Nessas hipóteses, basta a ausência de contradições entre o ato inferior e a Constituição. Mas quando ela predetermina o conteúdo do ato, este só é constitucional quando tenha sido deduzido dela mesma, não sendo suficiente, pois, que inexista a antinomia.

Contudo, até mesmo quando antecipa o conteúdo da lei,⁷ a norma constitucional freqüentemente só cuida de circunscrevê-lo dentro de certos limites e deixa ao legislador alguma margem, mais ou menos vasta, para uma determinação política. A lei, nesse caso, pode assumir diversos conteúdos legítimos: concebem-se, em suma, várias soluções compatíveis com a norma superior. Em última análise, ao legislador se permite tudo que a Constituição não lhe proíba (cf. GUASTINI, op. cit., loc. cit.).

Na esfera ideal em que opera, a norma jurídica se impõe de modo irresistível.⁸ Entretanto, não é imune ao pensamento e a uma revisão crítica. Os aspectos mais vulneráveis a esse juízo são, justa-

mente, o fim que a inspira e a solução que elege. Esta, assim como a intenção, pode parecer péssima ou não ser a melhor, entre as possíveis.⁹ Interessa, pois, o seu fundamento intrínseco – um tema assíduo na Filosofia e que envolve a pesquisa dos títulos de justificação. Na bela metáfora de Luis Recaséns Siches, pretendemos um julgamento presidido pela reflexão filosófica e citamos o Direito positivo para que se justifique no foro da nossa consciência (cf. SICHES, 1999, p. 367/368).

Como em qualquer julgamento, o essencial é definir, previamente, um critério. Mas a norma positivada, precisamente por ser o objeto da avaliação, não serve de base para sua própria estimativa. Ingressam aqui os valores: são eles que apóiam o respectivo juízo. A história do pensamento registra a presença constante desse problema e as infinitas tentativas de resolvê-lo. Em última análise, é o tema central da justiça ou do *Direito que deve ser*, que busca uma ordem transcendente, com validade necessária e função paradigmática.

Essa idéia de uma norma superior e absoluta, como parâmetro ético de outras normas, é antiqüíssima. Inspirou, por exemplo, Antígona na sua sublime resistência ao poder político, em nome de um Direito que “não é de hoje nem de ontem”. A um decreto cujas fronteiras eram bem definidas – que teve certidão de batismo e teria atestado de óbito –, ela contrapôs, em suma, uma medida suprema e infalível, independente da vontade e das contingências históricas. A noção de uma “lei fundamental” tem, como se vê, raízes profundas na cultura ocidental.¹⁰

Mas como não há um critério ético infalível ou que seja compartilhado por todos,¹¹ uma apreciação

⁹ No testemunho de Aliomar Baleeiro, “em política raramente a escolha é entre o bom e o ruim, mas a menos má entre duas soluções más, sem melhor alternativa” (cf. VALE, 1976, p. 180 – resposta ao questionário formulado pelo autor e reproduzido como anexo).

¹⁰ Cf. Edward S. Corwin (Harvard Law Review, v. 42, n. 2, p. 149-185 – primeira parte –, Dec. 1928); e ibidem (v. 42, n. 3, p. 365-409 – segunda parte); Christian Starck (apud STARCK, 1995, p. 51-52).

¹¹ A inclusão de diversos valores nas Constituições mais recentes, precisamente porque legitima a crítica ao Direito, mas enuncia as bases para sua formulação, é, nesse sentido, uma solução de compromisso entre os adeptos do positivismo e do direito natural.

⁷ Para facilitar o discurso, a palavra *lei* será usada em sentido amplo, para abranger todos os atos normativos primários.

⁸ Mas, na realidade política, a normatividade de uma Constituição pressupõe separação dos poderes; eleições periódicas; clareza e precisão dos seus dispositivos e uma cultura política favorável, que inclua certos padrões estáveis de julgamento (cf. STARCK, 1995, p. 49 e 52).

desse tipo é potencialmente perniciosa para a sobrevivência da própria noção de um direito positivado. Por isso, a solução que Sócrates preferiu não foi a que Sófocles escolheu para sua personagem: o filósofo – podendo fugir e aconselhado a fazê-lo para escapar a uma sentença injusta – resignou-se à pena capital a que fora condenado. E assim procedeu para a realização de um valor ético, que reputava superior até mesmo ao seu natural interesse em conservar a vida. Segundo seu próprio pensamento, as decisões dos juízes e as leis de Atenas tinham vocação para uma justiça superior, fundada em uma ordem divina inteligível e racional. Por isso mesmo, todos os cidadãos lhe deviam acatamento. Em última análise, fez uma opção pelo direito positivo, justificando-a com um princípio de direito natural (cf. SICHES, op. cit., p. 369).

No sentido moderno, os Estados Unidos foram o primeiro país a converter em prática política o postulado segundo o qual a Constituição e as (outras) normas estatais não estão no mesmo plano positivo de validade. Foi ali que, de modo pioneiro, o Poder Judiciário extraiu efeitos concretos da doutrina que atribui a uma lei fundamental – a Constituição – plena supremacia sobre todas as outras normas positivas. Entre essa atividade e as condições econômicas, políticas e culturais da sociedade norte-americana há um nexo de implicação recíproca. Em outras palavras, o êxito dessa prática foi causa e efeito do ambiente a que pertence.

A concepção subjacente à experiência norte-americana é, aliás, mais remota do que a independência das antigas colônias britânicas. Contudo, sua assimilação pela cultura européia tardou mais de um século. Essa teoria só foi exportada gradualmente e não triunfou em todos os países. Por exemplo, ainda não prevalece na Inglaterra, onde nenhuma norma estatal é superior ao direito escrito de origem parlamentar. E, no entanto, a doutrina da supremacia constitucional foi construída com apoio no pensamento de juristas ingleses e em precedentes do *Common Law*. O pano de fundo dessa divisão ideológica é, exatamente, a luta que levaria à independência das 13 colônias.

Conta-se que, no auge da crise política gerada por uma lei tributária (*Stamp Act*),¹² um lorde disse a Benjamin Franklin que os norte-americanos tinham uma noção errada a respeito da Constituição (inglesa, naturalmente).¹³ Essa divergência teórica (e prática)¹⁴ ainda permanece. De acordo com o pensamento vitorioso nos Estados Unidos da América do Norte, o Governo é um produto da Constituição. Logo, não pode alterá-la: está acima dele e serve, precisamente, para limitá-lo. Isto se aplica a todos os poderes constituídos, abrangendo, pois, a atividade legislativa. Ela conhece, assim, diversos limites e está sujeita à fiscalização dos demais Poderes e, em especial, do Judiciário. Este pode opor-se ao resultado mais característico da atividade parlamentar e deve fazê-lo para a prevalência da Constituição, que adquire, assim, a defesa de que necessita para ser perene.

Nos Estados Unidos, a lei é suscetível, portanto, de uma qualificação negativa – a inconstitucionalidade –, que resulta em sua ineficácia e, conseqüentemente, na impossibilidade de ser aplicada como critério de uma decisão. Entretanto, quando um inglês critica uma lei por ser inconstitucional, ele não está dizendo que o juiz possa lhe negar aplicação. Simplesmente a reprovava, por lhe parecer inconveniente ou contrária à tradição do povo no assunto de que se ocupa. Limita-se, em suma, a um juízo de valor político ou depreciativo, que, entretanto, não pretende fundar nenhuma tese de que essa lei é inexistente, nula ou anulável. Ela permanece, pois, como a máxima expressão normativa da comunidade e com aptidão formal para resistir a toda norma que lhe seja oposta em uma controvérsia judicial (cf. LEVY, 2000, p. 513).

É bem verdade que no século XVII o direito inglês conheceu uma tendência diversa (cf. CORWIN,

¹² Essa lei, de 1765, vigorou por apenas quatro meses e foi um dos episódios mais importantes nos conflitos que levaram à independência. Cf. Stamp Act Congress, Resolutions of (October 19, 1765). (*Encyclopedia of the American Constitution*, 2000, v. 5, p. 2.470-2.471).

¹³ Cf. Leonard W. Levy (*Encyclopedia of the American Constitution*, op. cit., p. 512).

¹⁴ Cf. Gordon S. Wood (*Encyclopedia of the American Constitution*, op. cit., p. 84).

1929; CUDIHY, 2000, v. 1, p. 207/208). O fato, porém, é que ela não se desenvolveu ali e só seria levada às últimas conseqüências nas prósperas colônias da América do Norte.

O modo concebido para colocar em prática aquela teoria – segundo a qual todo poder constituído é limitado, nenhum sendo, pois, soberano – foi a grande contribuição norte-americana à matéria. Só no século XX a Europa pôde aderir a essa idéia e experimentar alternativas para levá-la a sério: antes disso não estavam presentes os pressupostos ideológicos e culturais de que ela descende.

2 O controle de constitucionalidade entre as funções fundamentais do Estado (a gênese do instituto, notas sobre sua expansão e classificação)

A idéia de que todos os poderes são limitados pela Constituição superou, historicamente, a doutrina política burguesa, que fundara o Estado de Direito. A corrente anterior via na lei a expressão da vontade geral e considerava os órgãos representativos como os verdadeiros depositários da soberania, precisamente por lhes competir o exercício da função legislativa, em nome do povo. Bem por isso, a Constituição não valia, na prática ou em teoria, como limite intransponível para o Poder Legislativo, que podia alterá-la, suspendê-la ou revogá-la. Quando este, à semelhança dos demais, passa a ser visto como um poder limitado – e se torna inferior ao poder constituinte –, o Estado de Direito dá lugar ao Estado Constitucional de Direito (cf. ZAGREBELSKY, 1992, p. 11). É só no último que existe a Constituição rígida e é nele (exclusivamente) que o Poder Legislativo encontra autênticos limites, à luz dos quais os seus atos podem ser controlados.

Entretanto, a rigidez constitucional é uma qualidade graduável. Ela depende, em primeiro lugar, da complexidade do procedimento de revisão constitucional. Este é o dado formal que determina a força peculiar às Constituições rígidas. Ora, tal atributo, para ser efetivo, postula logicamente algum modo de controle sobre a conformidade das leis (e dos demais atos de império) à Constituição. Eis o

problema comum a todos os países que têm Constituições rígidas: preservá-la. Os métodos variam muito. Todos partem da premissa de que o Parlamento não é um guardião confiável. O sistema mais antigo é o americano (ou difuso) e a ele normalmente se contrapõe a fiscalização concentrada.¹⁵

Há muito, porém, já se tem consciência de que essa contraposição é um tanto simplista. Atualmente, a classificação mais fértil é a que divide os métodos de controle em dois grandes grupos, conforme se destinem unicamente à defesa objetiva da Constituição ou (também) à proteção de direitos individuais.¹⁶

Por isso mesmo, a tendência é de considerar mais ricos os sistemas que, de algum modo, combinam esses instrumentos (como ocorre na Alemanha e na Espanha), escapando, assim, ao figurino estreito do controle puramente objetivo – ao qual ainda se mantêm fiéis, por exemplo, a França e a Itália (ZAGREBELSKY, op. cit., p. 175). Por esse critério, o modelo brasileiro é, teoricamente, riquíssimo. Bem sabemos, porém, que o seu funcionamento não tem correspondido às suas imensas potencialidades e um dos propósitos deste trabalho é entender as causas que podem explicar esse relativo insucesso.

O controle de constitucionalidade consiste, basicamente, na verificação da legitimidade constitucional de atos – normativos e não normativos –, sob o duplo aspecto do seu procedimento de formação e do seu conteúdo.

Quando incide sobre atos não normativos, isto é, singulares e concretos, essa atividade geralmente se desenvolve pelos mecanismos normais de proteção jurisdicional e administrativa, como uma das etapas do controle de legalidade. Todavia, em alguns países são previstas formas de defesa especial para quem considere ter sofrido uma concreta lesão

¹⁵ Essa terminologia consagrou-se. Um dos pioneiros na sua utilização foi Calamandrei (cf. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, 1950, p. 5).

¹⁶ Cf., para uma contraposição entre os sistemas abstratos e concretos e suas distintas potencialidades quanto à proteção dos direitos fundamentais, Alessandro Pizzorusso (*Quaderni Costituzionali*, a. II, n. 3, p. 529-530, dic. 1982); Gustavo Zagrebelsky (1988, p. 174-175).

de um direito garantido pela Constituição, por efeito de um ato da autoridade pública – derivado da função normativa, administrativa ou jurisdicional. Nesse caso, o prejudicado pode recorrer ao órgão encarregado dessa tutela para obter a suspensão ou a anulação do ato e restaurar a sua situação jurídica.

Essas formas especiais de proteção normalmente pressupõem o esgotamento das ações e recursos ordinários. Todas, sem exceção, inspiram-se em uma idéia fecunda, que assim pode ser resumida: a uma violação jurídica tão grave – ou seja, a que afeta um direito fundamental ou garantido diretamente pela Constituição – deve corresponder uma tutela judicial específica, adaptada ao caráter insubstituível do bem lesado, à urgência da sua reintegração e à inadequação de sanções tendentes ao mero equivalente econômico (cf. CAPPELLETTI, 1974, p. 2 e ss.).

Alguns exemplos desses mecanismos especiais são a *Verfassungsbeschwerde* na República Federal da Alemanha,¹⁷ o *recours de droit public* ou *Staatsrechtliche Beschwerde* na Suíça¹⁸ e a *Individualbeschwerde* na Áustria (cf. ÖHLINGER, in: *Quaderni Costituzionali*, a. II, n. 3, dic. 1982, p. 543-544). Todos eles são interponíveis por quem se considere lesado nos seus direitos fundamentais. Uma função análoga é realizada pelo *habeas corpus*, tanto entre nós quanto nos países do *Common Law*. E assim também se dá com o *amparo* – instituto presente, por exemplo, na Espanha (cf., por todos, FERNÁNDEZ FARRERES, 1994) e no México, onde foi concebido.¹⁹ Porém, uma interpretação ampliadora

dos arts. 14 e 16 da Constituição mexicana converteu o *juicio de amparo* em um procedimento de proteção (também) dos direitos ordinários (assim como se dá com o nosso mandado de segurança). O amparo mexicano perdeu, desse modo, a característica original de um meio de tutela específica – e particularmente reforçada – dos direitos fundamentais.

Este trabalho tratará, sobretudo, do controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos primários, porque esta é a parte mais rica do fenômeno e é nela que ingressa, diretamente, o tema escolhido.

Quanto ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, a gênese é bem conhecida. Na motivação da famosa sentença sobre o caso *Marbury v. Madison* (1803) – bem conhecida por todos, mas que permanece um ponto de referência obrigatório –, John Marshall observou que há um princípio sagrado, que se reputa essencial a todas as constituições escritas: uma lei em contraste com a Constituição é nula. Bem por isso, os juízes – assim como todos os outros órgãos e indivíduos – são obrigados a lhe negar execução, para que prevaleça a norma constitucional. Segundo uma explicação que fez escola, ou a Constituição é a lei suprema, imutável pelos meios ordinários, ou está no mesmo nível das leis ordinárias e como estas é modificável sempre que o legislador o queira. Se a primeira proposição é verdadeira, uma lei contrária à Constituição não é uma lei; se a segunda é correta, então as Constituições escritas são simplesmente uma absurda tentativa de limitar um poder que, por sua própria natureza, não é suscetível de limites.

Com esta argumentação simples e linear,²⁰ o controle de constitucionalidade foi introduzido, pela Suprema Corte, no ordenamento norte-americano, cuja Constituição, entretanto, não contém uma única disposição explícita a respeito dele.²¹ O controle

²⁰ Cf., para uma crítica quanto à consistência lógica do argumento, Carlos Santiago (1992, § 18, § 73, p. 675).

²¹ Em estudos clássicos, Edward S. Corwin fez um minucioso exame da base jurídica para o exercício, pela Suprema Corte, do controle de constitucionalidade sobre as leis federais e da opinião dos constituintes. Cf. *The Supreme Court and*

que o Judiciário reivindicou para si concede a todos os juízes – estaduais e federais – o poder de verificar se as leis (e os outros atos de império) estão em conformidade ou são compatíveis com os preceitos da Constituição. E isso para fiel cumprimento do seu dever de recusar aplicação a tudo que esteja em contraste com as normas constitucionais.

Na ciência jurídica, são bem raras as questões que admitem uma resposta *unívoca*. E, sobretudo em matéria constitucional, a solução ora é *deduzida*, ora é *pressuposta*. A Constituição dos Estados Unidos não contém *uma única* palavra sobre o controle de constitucionalidade das leis pela Suprema Corte. Uma interpretação engenhosa, defendida, entre outros, por Alexander Hamilton,²² mas construída, sobretudo, por Marshall²³ (no célebre precedente que foi recordado), deu-lhe essa competência e, aparentemente, só se tornou perene porque, embora assumisse tal função, a Corte teve a sensibilidade de reivindicá-la em um caso no qual, *para torná-la efetiva*, não dependia da cooperação dos demais poderes, nem estes dispunham de meios práticos para *resistir à decisão*, a despeito do ambiente político – intensamente hostil, na época, ao Judiciário.²⁴

and Unconstitutional Acts of Congress (*Michigan Law Review*, v. 4, p. 616-630, 1905-1906); *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review* (idem, v. 12, p. 538-572, 1913-1914).

²² Cf. Alexander James John (1984, p. 575-582). Hamilton temia o despotismo democrático e, por isso, propôs um governo da maioria, mas com limites fixados pela Constituição. Para ele, a participação popular nas decisões políticas não era um fim em si, mas mero instrumento para a proteção dos direitos individuais. Cf., para uma análise do seu pensamento, Gottfried (*Cornell Law Quarterly*, v. 42, n. 3, p. 307-328, 1957); e ibidem (v. 42, n. 4, p. 501-518, 1957).

²³ Sobre a importância de John Marshall no Direito norte-americano e a sua contribuição para a influência assumida pelo Poder Judiciário, cf. Felix Frankfurter (*Harvard Law Review*, v. 69, n. 2, p. 217-238); Edward S. Corwin (*University of Pennsylvania Law Review*, v. 104, n. 1, 1955-1956); Michael J. Gerhardt (*William and Mary Law Review*, v. 43, 2001-2002).

²⁴ Cf. John Arthur (1995, p. 12); Henry J. Abraham (1998, p. 340/345); John Brigham (apud HALL, 1992, p. 465/466).

Como é notório, concorreu para esse extraordinário triunfo o cuidado, que a Corte Suprema sempre demonstrou, para não vulgarizar o exercício dessa atividade. Esse poder não foi, portanto, uma *dedução*, mas um *postulado* (cf. TRIBE, 1988, p. 23/27). Por uma linha alternativa – e igualmente racional –, seria perfeitamente possível recusá-lo à Suprema Corte, ao menos *quanto aos atos do Congresso*.²⁵ E, segundo a opinião de Oliver Holmes, não haveria, *só por isso*, consequências trágicas para a sobrevivência da Federação (cf. Law and the Court *Collected Legal Papers*, 1920, p. 295/296).

A idéia de confiar aos juízes o controle das leis demorou, entretanto, a se expandir. Ela não foi repelida apenas na Inglaterra, onde tinha contra si o princípio fundamental da *supremacy of the Parliament*, que, aliás, ainda permanece relativamente íntegro, apenas abalado, parcialmente, pela adesão do Reino Unido à União Européia.

Também nos demais países de *common law*, por todo o século XIX e enquanto durou a vinculação ao Império, prevaleceu o preceito segundo o qual as Cortes estão vinculadas ao princípio da estrita subordinação à lei. Eventuais dúvidas de conformidade das leis dessas colônias com as “leis do Reino da Inglaterra” eram resolvidas pelo *Privy Council* da Coroa Britânica.²⁶ Só no século XX a *judicial review of legislation* ingressou em outros ordenamentos da mesma família (por exemplo, Canadá e Austrália). E isso na exata medida em que as “Cartas” ou Constituições, outorgadas pela Coroa, de instrumentos de domínio se converteram em armas de defesa e de controle da atividade legislativa.

Na Europa, a experiência política do século XIX acolheu o princípio da rigidez da Constituição, mas, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, ele não foi utilizado para gerar formas de controle dos atos normativos mediante meios repressivos exter-

²⁵ Cf. Alexander Bickel (1962, p. 1/14); John Hart (1980, nota 11, p. 186); Laurence Tribe, op. cit., p. 25.

²⁶ Sobre o Privy Council e sua importância central para a organização de um Estado nacional inglês, cf. John P. Dawson (in: *Michigan Law Review*, v. 48, n. 4, p. 393-428 [primeira parte], 1950; e idem, v. 48, n. 5, p. 627-650 [segunda parte], 1950).

¹⁷ Cf., por todos, Peter Häberle (2000); e Luís Afonso Heck (*Revista de Informação Legislativa*, a. 31, n. 124, p. 115-133, out./dez. 1994).

¹⁸ Como explica Laura Poggi Ernst, o recurso individual direto por violação de direitos constitucionais – o chamado recurso de direito público –, interponível contra atos de uma autoridade pública dos cantões, é a principal via de acesso ao Tribunal Federal e a coluna-mestra do sistema de jurisdição constitucional da Suíça. Cf., sobre os requisitos de admissibilidade, o procedimento e a eficácia, *La giustizia costituzionale nell'ordinamento federale svizzero* (apud TARCHI, 2000, p. 118-222); Pedro Cruz (1987, p. 57-61).

¹⁹ Cf. Mauro Cappelletti (*Enciclopedia del Diritto*, v. II, p. 329-330, 1958) e Alfredo Buzaid (1965, p. 134-148).

nos e por incumbência de juízes. Essa expansão do controle judicial foi frustrada pelo mito da soberania da lei e pelo conseqüente respeito ao princípio da supremacia do parlamento, direto representante do povo.²⁷

“Tanto a instituição do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos quanto sua rejeição na Europa” – escreve Gottfried Dietze – “resultaram de um desejo de libertar o indivíduo da opressão governamental”.²⁸ Sendo, entretanto, distintas as condições históricas,²⁹ o que na Europa se difundiu foi uma forma de controle *político*, em que o respeito à Constituição foi entregue à lealdade do legislador e das forças que o apoiavam.

O exemplo americano só encontrou suas primeiras adesões no final do século XIX. No direito suíço, por exemplo, e no norueguês, no qual foi se afirmando como “incontestável” o poder, peculiar a todos os tribunais, de verificar a harmonia entre as leis³⁰ e a Constituição, com a conseqüente negativa de aplicar – no caso concreto – a norma que fosse considerada inconstitucional. Mas mesmo essa modalidade de *judicial review* não produziu o resultado que obtivera nos Estados Unidos. Entre outros motivos, porque a Magistratura européia não tinha suficiente influência política nem estava disposta a desenvolver com coerência e empenho o controle de constitucionalidade – missão sabidamente delicada pelo intenso potencial de oposição ao Gover-

no. Faltavam especialmente órgãos comparáveis à Suprema Corte norte-americana, com força para se contrapor ao poder político, em relação ao qual permaneceram fiéis, por muito tempo, ao seu velho papel de meros auxiliares.

Porém, com a Constituição austríaca de 1920 houve uma notável mudança de rumo. De acordo com um projeto elaborado por Hans Kelsen,³¹ surgiu um tribunal com a função específica de protegê-la. Um órgão destacado da magistratura ordinária, composto de modo a refletir um equilíbrio entre a cultura jurídica e a experiência política, com poderes em teoria equivalentes aos da Suprema Corte norte-americana e comparável a esta quanto ao prestígio e à colocação institucional. Esta foi a gênese de um novo instituto – a Corte Constitucional –, com o qual finalmente surgiu um modelo europeu para o controle de constitucionalidade dos atos normativos. E esse método, por estar mais adaptado às características políticas locais, logo se difundiu por boa parte do Continente.

As primeiras experiências foram efêmeras: são célebres os casos da República da Tchecoslováquia de 1920 e da Espanha de 1931 (cf. CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 277-419). Mas, após a Segunda Grande Guerra, acabaram se firmando de modo duradouro e com notável êxito. O que favoreceu a difusão do novo instituto foi o clima político, marcado pelo descrédito do princípio da supremacia do parlamento e do mito de soberania da lei. Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, Grécia e Bélgica instituíram Tribunais ou Cortes Constitucionais com a função específica de velar pela conformidade das leis com a Constituição.³² Focalizando essa questão, bem observou Nicolò Trocker: a Europa que saíra da experiência das ditaduras convencer-se, finalmente, de

que em uma democracia constitucional não há lugar para “soberanos absolutos”.

Além disso, a experiência totalitária revelou que era preciso proclamar e proteger – a sério – os direitos e as liberdades fundamentais do indivíduo. E assim, enquanto a Constituição da Áustria de 1920 se limitava, em última análise, a preparar uma lei orgânica do Estado federal austríaco, as Constituições mais modernas (Alemanha, Itália, Espanha etc.) têm uma ampla e complexa parte dedicada à configuração ou ao reconhecimento dos direitos fundamentais. O papel por elas aberto ao controle e à obra de concretização das Cortes supera, pois, a função de equilíbrio e garantia do correto funcionamento do mecanismo federal, originalmente atribuída ao Tribunal Constitucional austríaco.

Essa impressionante expansão da Justiça Constitucional não se limitou à Europa ocidental. Depois da Segunda Grande Guerra também houve novas adesões na Ásia (um caso importante foi o do Japão)³³ e na América Latina. Entre nós, o controle, em teoria, é tão velho quanto a República, mas a história acidentada desta, com uma triste sucessão de Constituições e de golpes de estado – aliada a uma fraqueza congênita do Poder Judiciário – não permitiu que o instituto prosperasse. Por isso mesmo, durante muitos anos esse instituto foi, com boa vontade, uma espada de papel. Nem poderia realmente funcionar em um ambiente no qual as diversas Constituições eram, na prática, menos rígidas e respeitadas do que o Código Civil e mais vulneráveis do que algumas leis do Império, como, por exemplo, o vetusto Código Comercial.

O controle *judiciário* de constitucionalidade é previsto em vários ordenamentos, mas não é realizado sempre da mesma forma. Segundo a classificação mais famosa, pode manifestar-se em duas modalidades típicas, conforme seja:

- a) difuso, isto é, confiado a todos os órgãos judiciais inferiores e superiores, estaduais e federais, que o atuam por ocasião do exercício de sua competência, sobretudo no momento da decisão da controvérsia e com eficácia limitada ao caso concreto; ou
- b) concentrado, isto é, reservado a um único órgão judiciário, em regra especialmente constituído – a Corte ou Tribunal constitucional –, o qual examina a questão de constitucionalidade em seu alcance geral e a resolve com eficácia *erga omnes*.

O modelo difuso penetrou sobretudo nos países do *common law*. Já o método concentrado expandiu-se nos países de *civil law*.

A opção dos países de base romanística pela criação de uma Corte constitucional específica deve-se, sobretudo, à consciência de que um método que autoriza cada juiz, individualmente, a não aplicar a lei sempre que a considere em contraste com a Constituição – sem algum ponto de referência de alcance geral – gera o risco de se produzir uma situação de confusão e de incerteza do direito (cf. CAPPELLETTI, op. cit., p. 1.041-1.045). Esta, no entanto, não surge (ou, pelo menos, se reduz a uma medida tolerável) nos Estados Unidos (e nos outros países do *common law*), onde a última palavra, em razão do sistema das impugnações, compete em definitivo a uma Corte Suprema, cujas pronúncias são aceitas como tendentes a vincular todos os outros juízes, por força da regra do *stare decisis*.

Além disso, nos ordenamentos de *civil law*, a magistratura ordinária, ao contrário do que acontece com a dos países de *common law*, é constituída usualmente por juízes de carreira selecionados por um modo burocrático e tais magistrados, segundo originalmente se dizia, eram pouco habilitados a realizar tarefas e a exercer poderes com alto potencial de criatividade, como é o caso do controle de validade substancial das leis (ibidem, p. 1.045-1.049). De resto, as Cortes que ocupam o vértice do sistema judiciário nos países de *civil law* não são nem compactas nem homogêneas, faltando-lhes, portanto, as qualidades típicas das Cortes superiores dos países de *common law* que asseguram a autoridade de suas decisões. No entanto, a criação de um órgão *ad*

²⁷ Cf. Gottfried Dietze, (in: *Michigan Law Review*, 1956-1957, v. 55, p. 539-566, especialmente p. 550-558).

²⁸ No original: “Both the establishing of judicial review in America and its rejection in Europe resulted from a desire to make the individual free from governmental oppression”. Cf. America and Europe – Decline and Emergence of Judicial Review. In: *Virginia Law Review*, v. 44, n. 8, p. 1.236, Dec. 1958.

²⁹ Gottfried Dietze demonstra que as condições históricas que precederam a Independência Americana e a Revolução Francesa tiveram um importante papel nessas diferenças institucionais: nas colônias inglesas, o Parlamento era visto como o principal opressor; na França (mas, de um modo geral, por toda a parte continental da Europa) o rei era o tirano e os juízes, seus prestimosos auxiliares. Cf. America and Europe – Decline and Emergence of Judicial Review. In: *Virginia Law Review*, v. 44, n. 8, p. 1.241, Dec. 1958.

³⁰ No caso da Suíça, tão-somente as dos cantões. Cf. Cappelletti, 1955, p. 23-35; Cruz Villalón (1987, p. 53-57).

³¹ Sobre a contribuição de Kelsen à instituição do Tribunal Constitucional austríaco, cf. Caravita (1985, p. 40-43, 46-50 e 57-67); e Schmitz (in: *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. 2003, p. 240-265).

³² O elenco é meramente exemplificativo: também foram instituídos Tribunais Constitucionais em outros países, como, por exemplo, o Chipre, a Turquia e a Iugoslávia. Sobre a expansão do controle de constitucionalidade, cf. Cappelletti (in: *California Law Review*, v. 58, n. 5, p. 1.033-1.039, Oct. 1970); Zagrebelsky (1988, p. 33-37).

³³ Criada em 1947, a Suprema Corte raramente declarou alguma lei inconstitucional (somente quatro vezes até 1973). Entretanto, conquistou gradualmente grande influência, sobretudo em relação aos juízes. Cf. Daneiski (in: *Notre Dame Lawyer*, v. 49, jun. 1974, p. 955-980).

hoc, como a Corte constitucional, cujos membros são escolhidos de modo a ligá-los às forças políticas e sociais, propicia ao instituto uma qualificação democrática suficiente para impedir que o órgão de justiça constitucional se isole da sociedade.

Aliás, na opinião de uma influente doutrina, o controle de constitucionalidade que se desenvolve segundo as técnicas do processo jurisdicional encontra a sua verdadeira legitimação democrática menos na composição do órgão do que no respeito às garantias formais enunciadas nos conhecidos aforismas *nemo iudex sine actore* e *audiatur et altera pars*. São tais garantias que tornam o processo jurisdicional o mais aberto à participação entre todos os que são realizados pelo Estado.³⁴

Quanto ao modo de ativar o controle judiciário, são bem conhecidas as diferenças. No sistema difuso as questões de constitucionalidade somente podem ser suscitadas *como prejudicial*³⁵ no curso de um processo comum (civil, penal ou de outra natureza) e somente se a lei cuja legitimidade constitucional se discute for *relevante* para a decisão daquele caso concreto. No sistema concentrado, ao contrário, o controle por parte do órgão de justiça constitucional pode ser solicitado não apenas como um incidente, por ocasião de um processo judicial qualquer, mas também por meio de uma demanda específica, franqueada a um círculo restrito de sujeitos (minorias parlamentares, órgãos de governo, certos cidadãos etc.).

³⁴ Cf. Mauro Cappelletti (in: *Southern California Law Review*, v. 53, p. 437, 1979-1980); idem, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, 1960, p. 38-43 (separata da *Rivista di Diritto Processuale*, a. 15, 1960, p. 376-417).

³⁵ Na Itália – onde o tema foi discutido com muita profundidade e à luz do art. 34 do seu CPC – essa qualificação é polêmica:

a) para alguns juristas, trata-se de questão prejudicial em sentido próprio (cf., por exemplo, CAPPELLETTI, 1957, p. 11 ss. e passim; CALAMANDREI, 1968, v. III, p. 348 ss.; GIONFRIDA, 1957, v. II, p. 95 e ss.; MORTATI, 1957, p. 366 e ss.; ROMANO, 1958, p. 191-192);

b) para outros, o atributo está presente, apenas, na acepção lógica – e não no sentido técnico-jurídico (cf., por exemplo, TROCKER, 1988, fasc. 3, p. 801 e ss.; LIEBMAN, 1957, p. 519; idem, 1958, p. 162; ANDRIOLI (1992) p. 3 e ss.; SATTA, 1959, v. I, p. 32 e ss.; idem, *Sui rapporti fra la giurisdizione costituzionale e il processo*, 1959, p. 593).

A maior abertura da iniciativa permite que o modelo concentrado submeta ao controle leis que escapariam de toda possibilidade de apreciação na via incidental, porquanto inidôneas, pelo seu próprio conteúdo, a gerar lides concretas. Porém, essa mesma técnica não está livre de certo perigo: uma forte “politização” do órgão de justiça constitucional, ou pelo menos do seu papel, não tanto pela quantidade dos processos que convergem para ele, quanto pela qualidade de tais demandas e pelas consequências também políticas ligadas ao teor e aos efeitos das decisões.

De resto, nas hipóteses de controle pela via principal o objeto do julgamento é o pleno potencial normativo da disposição impugnada – e não a norma que tenha relevância para aplicação em hipóteses de incidência concretas. Esse objeto indiscriminado – quando não seja atenuado por uma cuidadosa atitude de *autocontenção* – pode levar a Corte Constitucional a perigosas valorações de mérito e a discutíveis juízos de conveniência política.³⁶

Ao lado do controle judiciário, mas geralmente em lugar dele, alguns ordenamentos prevêm um controle *político* de constitucionalidade das leis. Típico é o caso da França. Um controle político associado a formas de controle judiciário também é previsto, por exemplo, na Constituição portuguesa de 1976. Nesses casos, ele é externo quanto ao órgão controlado, mas interno ao procedimento legislativo e anterior à vigência da lei. De acordo com a explicação tradicional, não se trata de um controle repressivo sobre as ações do parlamento, mas antes de um limite à ação da maioria legislativa. Várias razões inspiraram a preferência por esse método. No caso francês, o tradicional respeito ao princípio da separação dos poderes – concebido de modo rígido – e o renitente temor de um *gouvernement des juges*, com apego ao passado e capaz de criar obstáculos à vontade das maiorias reformadoras.

³⁶ Esse risco esteve no centro da famosa polêmica entre Schmitt e Kelsen, adeptos, respectivamente, da concepção política e da concepção judiciária da garantia constitucional. A respeito, cf. Zagrebelsky, 1989 [reimpr. da ed. 1988], p. 28-33; Kelsen, 1981, p. 143 e ss. e 229 e ss.; Schmitt, 1981.

3 Estrutura e classificação das normas constitucionais (regras, princípios e valores)

Com exceção da supremacia (atributo de que todas gozam), as normas constitucionais nem sempre apresentam as mesmas características e, justamente por isso, podem ser classificadas por múltiplos critérios. Um deles divide três grupos (cf. SANCHÍS, 1998, p. 58-61), em atenção:

- a) à estrutura do enunciado lingüístico;
- b) ao modo de resolver eventuais conflitos;
- c) às técnicas de interpretação e justificação.

São identificadas, desse modo, as seguintes espécies: as regras, os princípios e os valores.³⁷ Essa distribuição em três classes não é consensual. Há quem negue que o critério subjacente seja exato ou útil. Para outros, é admissível e conveniente, mas só há lugar para duas categorias, pois entre os princípios e os valores não existe diferença. Terceiros, entretanto, propõem que ambos sejam estremados (em relação às regras e entre si), ou porque formam classes distintas ou porque os valores demarcam as fronteiras legítimas entre as interpretações que o legislador e o juiz podem fazer da Constituição (no

primeiro caso, uma interpretação política; no segundo, uma interpretação jurídica).

Contudo, essa divisão tríplice é a que será seguida aqui. O motivo é puramente pragmático: o método em apreço favorece a análise de hipóteses que, nas experiências de Justiça Constitucional, não têm sido assimiladas. Justamente por isso, simplifica a compreensão do controle de constitucionalidade e facilita certas distinções quanto à sua extensão e profundidade (isto é, permite compreender melhor os assuntos de que tal atividade pode se ocupar e os efeitos que ela é suscetível de produzir).

Conforme uma antiga concepção doutrinária, três elementos constituem uma norma jurídica: a descrição hipotética de um fato (“matar alguém”), o nexos deontico (“será punido”) e a consequência (“seis anos de reclusão”). Essa estrutura, entretanto, só é típica de algumas normas: as regras. Para as demais, a formulação é distinta. E assim se dá, antes de mais nada, com os princípios. Estes são as normas em que:

- a) não há a determinação do fato;
- b) não há a prescrição de uma conduta;
- c) ou nas quais um daqueles elementos comparece de modo fragmentário.

Tratando-se de uma regra, “as propriedades que compõem o caso constituem um conjunto finito e cerrado” (cf. ATIENZA; RUIZ MANERO, 1996, p. 9). Logo, teoricamente é possível determinar todas as hipóteses em que cabe sua aplicação. No entanto, perante um princípio (o da igualdade, por exemplo), é impossível formular uma lista exaustiva das hipóteses de incidência.

Os princípios, por seu turno, dividem-se em duas categorias, conforme a indeterminação recaia sobre o suporte fático ou sobre a consequência jurídica. Só o primeiro pode ser utilizado como fonte de um direito (ou de pretensões subjetivas). O segundo – que não impõe nenhuma conduta concreta – é próprio de um programa político ou da legislação: trata-se de simples diretriz e compete ao legislador articular os instrumentos tendentes a tornar efetivo o comando constitucional, sem que, *a priori*,

³⁷ Roscoe Pound também distribuía as normas jurídicas em três tipos, conforme a sua estrutura: *rules, principles e standards*. No primeiro tipo (*rules*), há uma descrição completa da hipótese normativa e das respectivas consequências. No segundo (*principles*), a indefinição recai sobre a hipótese de aplicação e sobre os seus efeitos (a função é a de criar regras por meio da argumentação). No terceiro (*standards*), fixam-se os limites gerais de condutas admissíveis, para aplicação de acordo com as circunstâncias de cada caso. Daí sua maior flexibilidade. O autor dá alguns exemplos, entre os quais estes: 1) os Estados somente podem adotar o ouro ou a prata como moeda; 2) quem recebe da Constituição uma competência deve ter os meios necessários para exercê-la efetivamente e 3) o “dever de atuar com cuidado” e o “due process of law”: aquele, a fonte por excelência da responsabilidade civil; este, de inúmeros direitos. É importante observar, entretanto, que, para esse autor, nenhum sistema jurídico é redutível a normas (também inclui as teorias, as concepções e as técnicas tradicionais de aplicação). Cf. a introdução à *National Consumers' League, The Supreme Court and the minimum wage: comment by the legal profession on the District of Columbia case*. New York: New Republic, 1925, p. XVI-XX; e *Hierarchy of sources and forms in different systems of law*. In: *Tulane Law Review*, v. VII, n. 4, p. 482-486, 1933.

nenhum deles seja constitucionalmente compulsório (cf. SANCHÍS, op. cit., p. 56-57). São os últimos que ingressam na categoria dos valores (em rigor, mera espécie de princípios).

A classificação em apreço oferece especial interesse para distinguir o modo como princípios e regras se comportam quando entram em conflito com figuras de sua própria classe. É aí que incide, para os primeiros, a ponderação. Ou seja, essa colisão é resolvida conforme as circunstâncias do caso. Essa técnica significa que há entre os princípios uma relação de preferência condicionada – e não uma precedência absoluta (ibidem, p. 57-58).

A importância extraordinária da ponderação é explicável pelo caráter do constitucionalismo do pós-guerra, no qual o modelo tradicional de resolver os conflitos entre regras é inútil, pois a Constituição já não é um documento que consagra valores homogêneos: acolhe, antes, um amplíssimo conteúdo material de princípios e direitos fundamentais tendencialmente contraditórios. Somente ponderando é possível manter a coexistência e a igualdade abstrata entre normas ou direitos que refletem valores heterogêneos, próprios de uma sociedade pluralista, que, entretanto, pretende se manter unida em torno da Constituição (ibidem, p. 61 e ss. e, especialmente, p. 66).

4 A interpretação constitucional: limites e peculiaridades (o delicado equilíbrio entre a produção e a aplicação do direito)

Toda linguagem – inclusive a usada pelo Direito – se expressa por enunciados, que são redutíveis a duas funções principais, conforme a intenção seja *descrever* um fato ou *dirigir* o comportamento alheio. No último caso, há muitos modos de expor a mensagem: por um pedido, um conselho, uma exigência ou uma ordem. A frase, só por si, não é decisiva, porque fundamental é o contexto em que é proferida. Importa, sobretudo, se há (ao menos tacitamente) a ameaça de uma sanção. Somente quando isso ocorre a conduta pretendida é obrigatória. E só nessa hipótese trata-se de uma *prescrição* ou *comando*.

Muitos comandos condicionam (ou pretendem condicionar) a vida humana. O que varia é a

consequência do seu descumprimento. Algumas vezes tudo se limita ao âmbito psíquico. Tal é o caso dos preceitos que o indivíduo dirige a si mesmo (como a promessa de caminhar em um parque todos os dias). A sanção, nessa hipótese, é interna. Mais relevante é a sanção externa, que assume diversas modalidades. Eventualmente, o mero desprezo (que muitas pessoas endereçam, por exemplo, a quem vulnera as regras de cortesia). Entretanto, é mais frequente que a sanção consista na previsão de meios violentos, tendentes a superar a resistência. A norma jurídica pertence à última classe. Ela se distingue, sobretudo, por uma circunstância: é garantida por uma coação legítima, prometida pelo Estado.

Por ora, basta enfatizar que o ordenamento jurídico é composto por enunciados ou textos, que resultam da produção normativa. Ou seja, é gerado pelo discurso da autoridade normativa (cf. BOBBIO, apud SCARPELLI, 1976, p. 342-367). O ideal seria que daí surgisse um conjunto unitário, coerente e completo, como convém a um sistema. Mas não é assim. Há, na verdade, muitas autoridades com poder normativo: a referência ao legislador (no singular) facilita a comunicação, mas é sempre ilusória.

Além de se tratar de uma obra coletiva, o seu aperfeiçoamento é paulatino e reflete a contínua influência de gerações sucessivas. Os textos normativos têm, em suma, muitos autores e as várias contribuições não são contemporâneas. Há, assim, duas dimensões férteis em incoerências: a primeira é sincrônica; a segunda, diacrônica. Nos dois casos é necessário atribuir um significado aos preceitos em que as normas são veiculadas e ordená-las.

Entra agora uma distinção importantíssima: uma coisa é o texto; outra, o seu significado. O primeiro produz o segundo, mas com a intermediação do intérprete. Por isso, é mais exato empregar termos diversos para designar, de um lado, o mero enunciado normativo e, de outro, o sentido que lhe seja atribuído e sem o qual não pode ser aplicado. Com essa cautela, marca-se bem a diferença entre o *objeto* e o *produto* da interpretação: ali o enunciado figura em estado puro, como uma pedra preciosa antes da lapidação; aqui, lapidado pelo artista e pronto para o uso segundo a sua função característica.

Para evitar mal-entendidos, devem ser esclarecidos alguns termos. Enunciado é a unidade mínima de comunicação lingüística. Ou seja, uma expressão de forma sintática completa e dotada de autonomia semântica. Quando sua função não seja transmitir conhecimentos, mas *dirigir, influenciar ou modificar* comportamento humano, trata-se de um enunciado normativo – ou disposição. O seu conteúdo de significado é melhor expresso pela palavra “norma”. Por esse ponto de vista, não há, propriamente, “interpretação de norma”. A interpretação jurídica versa sobre disposições e delas extrai normas. Os dois conjuntos são diversos e entre eles não há uma correspondência biunívoca.³⁸ Para isso, há três razões, sendo a última a fundamental:

- a) a mesma norma pode ser formulada em modos muito diferentes – isto é, expressa por disposições diversas;
- b) uma única disposição pode exprimir várias normas cumulativamente;
- c) cada disposição não exprime potencialmente uma única norma, mas várias: o número coincide com os das interpretações divergentes que ela receba ou possa receber.³⁹

A interpretação consiste, pois, na atribuição de significado a textos.⁴⁰ É uma atividade puramente intelectual e pode ser realizada por qualquer um (o legislador, o jurista, o cidadão etc.). Distingue-se, portanto, da aplicação, que é um momento lógica-

mente sucessivo e uma função própria de órgãos específicos (tipicamente, os juizes e as autoridades administrativas).

Em sua forma mais singela, o discurso interpretativo apresenta-se assim: A disposição “d” exprime a norma *n*. Esta fórmula é de fácil apreensão: ‘d’ é a citação textual de outro discurso (a lei, o contrato etc.). Por isso mesmo, está entre aspas. E *n* é o sentido atribuído ao discurso alheio – ou seja, o significado proposto para a disposição.

Para Riccardo Guastini – que usa tal fórmula –, esse modo de explicar a atividade permite enfatizar três pontos importantes:

Em primeiro lugar, o discurso interpretativo é um discurso (do jurista, do juiz, etc.) que versa sobre um outro discurso (do legislador, dos contraentes, etc.): é o que se diz uma metalinguagem, cuja linguagem-objeto é a disposição interpretada. Em segundo lugar, no discurso interpretativo deve-se distinguir: a disposição, que é objeto da interpretação, e a norma, que é produto da interpretação. Em terceiro lugar, disposições e normas não são, porém, coisas sensivelmente diversas; umas e outras são entidades lingüísticas, ou seja, enunciados normativos; não existe outro modo de formular uma norma se não mediante palavras, isto é, por meio de um enunciado. Disso resulta que interpretar uma disposição equivale a reformulá-la em outras palavras. (Op. cit., item 2.1, p. 2)

Um enunciado interpretativo pode ser empregado em dois modos bem diversos: para atribuir um significado (hipótese mais frequente) ou para descrever interpretações, como, por exemplo, o sentido que foi ou tem sido atribuído a certa disposição. Por isso, Guastini adverte:

Ora, de um discurso descritivo faz sentido perguntar se é verdadeiro ou falso, porquanto sua correspondência aos fatos pode ser controlada. Mas de um discurso atributivo não faz sentido indagar se é verdadeiro ou falso, porque ele não relata nada. É, portanto, insensata a

³⁸ Correspondência biunívoca é expressão corrente na Matemática. Significa a relação entre dois conjuntos em que a cada elemento do primeiro corresponde apenas um elemento do segundo, e vice-versa.

³⁹ Este parágrafo condensa – e, infelizmente, empobrece – a lição de Riccardo Guastini (cf. 1989, item 1.3, p. 1/2).

⁴⁰ Convém ressaltar, porém, que uma coisa é interpretar um documento normativo e outra, interpretar um ato. No primeiro caso, trata-se de atribuir significado às palavras que o documento contém. No segundo, conferir um certo valor (por exemplo, jurídico, político ou social) e, portanto, uma qualificação normativa. Assim, quando interpreto um ato como crime (e não como uma manifestação artística), atribuo a ele o valor jurídico de um crime, empregando normas de direito penal. Cf., nesse sentido, Guastini, op. cit., item 1.1., p. 1.

questão tradicional: se existe uma interpretação “verdadeira”. Uma interpretação pode ser mais ou menos argumentada e persuasiva, mas em nenhum caso pode ser verdadeira (ou falsa). De qualquer modo, já é assente na doutrina que a linguagem dos documentos normativos é – como todas as linguagens não formalizadas – vaga e ambígua. E, não existindo uma coisa como o “significado próprio” das palavras, falta um critério objetivo para aceitar uma interpretação (“d” significa *n*) e rejeitar outra (“d” significa *n*). (Ibidem, p. 3)

Pelas razões expostas, os significados das disposições (as normas) não preexistem à interpretação. Esta, porém, não é arbitrária, pois os procedimentos interpretativos têm limites e os discursos dos intérpretes sujeitam-se a controles. O ponto merece aprofundamento.

Em toda disposição há, normalmente, um núcleo de significado certo (ou quase certo) e uma vasta área de incerteza, que abrange muitos significados possíveis. O último setor é a chamada zona de penumbra, em cujo âmbito o intérprete se move com alguma liberdade. Por isso, sua atividade não envolve puro conhecimento: também consiste em avaliar e decidir. Mas submete-se a alguns vínculos, que propiciam a crítica e o controle público. Há, em primeiro lugar, as disposições que orientam ou disciplinam a interpretação. Em segundo lugar, pesa um fator cultural: em qualquer ambiente, os usos lingüísticos de uma expressão sempre constituem um conjunto finito. Os significados incompatíveis com os enunciados normativos ou estranhos aos hábitos do grupo tendem a ser repelidos e é provável que se destinem ao insucesso.

Para propiciar o controle, é fundamental que o intérprete justifique suas escolhas interpretativas. Nisso consiste a motivação e é ela que permite verificar se há congruência entre os argumentos e a decisão. Bem por isso, é claro que ela serve para inibir a interpretação que não seja suscetível de uma argumentação razoável.

Não raro se diz que a interpretação constitucional apresenta certas peculiaridades. E isto porque a plena compreensão do preceito normativo só seria propiciada pelo caso concreto a resolver, fora

do qual não haveria, propriamente, interpretação constitucional, mas mera exegese (cf. COMPARATO, 1996, p. 62/63, 74/77, 154/156 e 197).

A esse respeito, Fábio Konder Comparato ensina:

Hoje [...], o método hermenêutico mais autorizado em matéria constitucional é o da *concretização*. Segundo ele, o sentido e alcance de uma norma jurídica nunca se colhe *in abstracto*, antes de suscitado o problema vital a resolver. A verdadeira inteligência normativa só se acende em contato com o fato controvertido. A norma, isolada da realidade concreta, é suscetível de uma leitura meramente formal e, por isso mesmo, estéril: ela não produz soluções, mas presta-se, quando muito, a uma análise literária, isto é, conceitual ou sintática.⁴¹

É duvidoso, porém, que se trate de uma diferença específica da interpretação constitucional. O que distingue a interpretação constitucional de qualquer atividade do mesmo gênero não é uma característica dela própria (cuja estrutura, no fundo, é uma só), mas apenas o objeto em que incide, como, aliás, já observara Marshall, ao recomendar que o texto constitucional não fosse interpretado como um testamento. De qualquer modo, compreende-se a ênfase que a doutrina tem dado a essa diferença (suposta ou efetiva): toda Constituição moderna é rica, sobretudo, em princípios e são estes que geralmente dão margem aos mais graves conflitos de interpretação. Daí a extraordinária importância, nessa hipótese, do fato controvertido: somente a apreciação de cada caso permite a gradual atribuição de significado aos preceitos constitucionais.

5 A motivação das decisões proferidas no controle de constitucionalidade: importância e função

De acordo com um mito ainda vivo no debate político, mas que já está sensivelmente desacredi-

⁴¹ Cf. op. cit., p. 197; no mesmo sentido, Hesse, 1998, § 20, III, n. 60-78, p. 61/70.

tado na doutrina jurídica, o juiz realizaria uma atividade de mecânica tradução para o singular de previsões legislativas gerais: a ele competiria, simplesmente, aplicar a norma ao caso concreto, para extrair das disposições normativas significados unívocos, soluções pré-constituídas e interpretações exatas. Não teria, assim, um poder real, porque ligado à simples aplicação da norma jurídica ao caso concreto, mediante uma operação automática de recondução do particular ao universal, regida pelo falso pressuposto de que o preceito seria, só por si, suficiente para ser imediatamente convertido em prescrições individuais de comportamento.

Essa idéia, segundo a qual os juizes seriam, por assim dizer, seres inanimados, que não poderiam moderar nem a força, nem a rigidez da lei, mas simplesmente pronunciar suas palavras, nasceu da preocupação de assegurar ao mesmo tempo a supremacia da lei e a sua aplicação imparcial, numa época em que, sobretudo na França, os abusos da casta judiciária – que extraía o seu poder da incoerência do Direito e da obscuridade da lei – eram particularmente sentidos e entravam em contraste com as tentativas de racionalização empreendidas pelos monarcas absolutistas.

Entretanto, a cultura predominante na época contemporânea – ao menos nas democracias ocidentais – já adquiriu consciência de que o momento criativo não pode ser eliminado da interpretação e vê o *proprium* da jurisdição, simplesmente, na imparcialidade do juiz e na sua independência. Este, em suma, é encarado como alguém que, colocado entre duas partes contrapostas, escuta as razões de ambas e edita uma decisão que não se inspira por nenhum interesse próprio, mas só pela objetiva aplicação da norma pertinente ao caso concreto. Certamente contribui para isso a crise de generalidade da lei e a convicção de que esta é, freqüentemente, uma decisão parcial, obtida por grupos de pressão ou, quando muito, um compromisso transitório entre forças parlamentares portadoras de interesses setoriais. Daí, precisamente, a importância de que haja a possibilidade efetiva de decisões imparciais e que os juizes sejam, de fato, órgãos independentes do poder político, visto hoje como o reino, por excelência, da parcialidade e do arbítrio.

A independência funcional dos juizes explica-se, exatamente, em razão da sua imparcialidade. Por ela, cuida-se de livrá-los de ordens ou instruções de outras autoridades, ainda que integrantes da própria Magistratura.⁴² Desse modo se assegura que o juiz possa agir segundo sua convicção racional e sem o receio de represálias, tanto dos agentes investidos de poder político quanto de particulares. É livre, pois, para exprimir o próprio convencimento quanto à matéria de fato e ao sentido do preceito que deva aplicar. Mas, porque se trata de liberdade para discernir – e não para expressar uma simples impressão subjetiva –, deve expor o seu critério. Daí o dever de motivação, imposto entre nós na Constituição Federal (art. 93, inciso IX).

A argumentação judicial desenvolveu historicamente um estilo mais depurado e persuasivo do que as exposições legais e as motivações administrativas,⁴³ “talvez porque tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo baseiam sua legitimidade na justificação de sua origem, mais do que na racionalidade de suas decisões” (cf. GASCÓN ABELLÁN, 1993, p. 9). Situada hoje, ao lado da dogmática, como o paradigma da argumentação jurídica, é provável que o interesse pelo tema tenha crescido ao mesmo tempo em que diminuiu a confiança na tese de que um juiz neutro – empregando a lógica ou outro método seguro – sempre pode encontrar uma única resposta correta para cada caso concreto (ibidem, p. 10).

Há uma relação interna entre o atributo “correto” e o conceito de justificação: quem afirma que alguma coisa é correta, subentende que é possível justificá-la com boas razões (cf. ALEX, 1998, n. 9, p. 105). Mas, em última análise, é a sua exposição metódica que pode ser controlada: não a intenção de quem a proferiu. A motivação é esse discurso justi-

⁴² A literatura sobre o tema é vastíssima e está em permanente ampliação: cf., v.g. Guarnieri, 1981, especialmente p. 103/109; Castanheira Neves, 1983, p. 18/20 e 101 e ss.

⁴³ Sobre os aspectos históricos da motivação de decisões judiciais e sua importância, cf. Dawson, 1968, especialmente p. XI-XII, 85-88, 376/80 e 504. Outros textos fundamentais: Taruffo, 1975; idem, 1999, p. 772/789.

ficativo e cumpre uma função específica: permitir que a decisão seja considerada válida e justa.

Há aqui uma interdependência entre forma e substância: uma decisão judicial, para ser justa, pressupõe a validade (e a justiça) do procedimento em que foi proferida e um determinado método para sua prolação. Ou seja, somente contém essa qualidade quando, a) tendo surgido após um procedimento justo e válido e b) sendo proferida como a resposta adequada à compreensão dos fatos relevantes da demanda, nela o preceito jurídico pertinente ao caso tenha sido c) interpretado e aplicado corretamente.

Tratando-se do controle de constitucionalidade (no qual há ampla abertura para os valores morais), a exposição dos motivos assume especial importância, pois dela depende a legitimação dessa atividade, que integra o conceito de democracia constitucional. Aliás, é sabido que só o poder democrático presta contas de suas razões. É aqui, precisamente, que está a fronteira entre o seu exercício autoritário ou racional: a motivação deve fornecer fundamentos racionalmente organizados. A ela não pertencem as divagações, os argumentos supérfluos ou tudo que dissimula e não justifica as escolhas decisórias do juiz. Sobretudo quando se trata das decisões de uma Corte Suprema ou de um Tribunal Constitucional, sua destinatária precípua é a opinião pública, que é livre para submetê-la a um controle político.⁴⁴

A tendência, entre nós, é que esse controle da motivação seja monopolizado pelos juristas. Antes de mais nada, porque é a classe que tem o preparo

cultural específico e os instrumentos práticos para exercer esse poder de modo efetivo. Além disso, a linguagem técnica se tornou extraordinariamente complexa e é notório que nossos juízes (como, aliás, os advogados) normalmente abusam do tecnicismo e não escrevem para a compreensão do leigo – e sim do grupo restrito ao qual pertencem, cujos integrantes são dotados, como eles, de instrução jurídica.

Essa, porém, é uma tendência nefasta, à qual convém resistir. O Direito vigente – dizia Carlos Santiago Nino – integra um fenômeno de maior amplitude, i.e., aquele “complexo de práticas, instituições, costumes, atitudes culturais e crenças básicas que definem uma sociedade” (cf. SANTIAGO NINO, 1992, § 18, p. 66). Como uma catedral em permanente construção por sucessivas gerações, é produzido pelas contribuições passadas, contemporâneas e futuras de milhões de pessoas e nenhum dos partícipes, agindo de modo isolado, consegue controlar completamente essa obra coletiva e inacabada (cf. op. ult. cit., § 17, p. 63-66).

Exatamente por ser partícipe de uma obra comum, é fundamental que cada juiz, ao decidir um caso, mantenha aberto o diálogo com a sociedade e tenha em conta que: as decisões pretéritas dos legisladores e dos outros juízes geraram expectativas sociais; sua decisão se combinará com outras, proferidas contemporaneamente pelos demais magistrados; e se não for repelida pelo legislador ou por outros juízes, em casos futuros ela poderá servir de precedente (ibidem, § 18, p. 67). Em outras palavras: um modelo de racionalidade para a prática jurídica pressupõe que cada juiz conceba suas próprias decisões como “parte de um processo de interação [...] que se estende no tempo” (ibidem, § 17, p. 63).⁴⁵

⁴⁴ Em 1975, durante a ditadura militar, o ex-ministro Aliomar Baleeiro foi convidado a fazer um prognóstico quanto ao retorno ao Estado de Direito e com relação ao papel que a esse respeito podia ser prestado pelo STF. A resposta dada por ele condensa sua dupla experiência como político e jurista: “[...] a volta à plenitude do estado de direito dependerá mais dos atos e atitudes do Congresso, do Presidente da República e de outras instituições nacionais, além do próprio povo. Deste, contei já o que ouvi dum coronel eleitoral dos sertões: ‘povo, Dr. Aliomá, é a Maria-vai-com-as-outras; mas as outras só vão para onde ela vai[...]’” (cf. VALE, op. cit., p. 181).

⁴⁵ Analisando o contexto norte-americano, Abram Chayes destaca que a legitimidade do Poder Judiciário e a aceitação das suas decisões dependem da sua habilidade em proferi-las preservando esse contínuo e prudente diálogo com os demais atores políticos – notadamente, parlamentares, administradores, eleitores, imprensa, acadêmicos e membros da comunidade jurídica. Cf. Abram Chayes (in: *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.316, may 1976).

6 Eficácia da decisão e coisa julgada: uma distinção fértil – A necessidade de ir além para entender a eficácia normativa dos precedentes (ou efeito vinculante)

A segurança jurídica é um dos valores constitucionais mais relevantes. O Direito, aliás, não faz sentido sem ela.

A necessidade de certeza – que é imanente a todo ordenamento jurídico – cresceu com a expansão do capitalismo e com a absorção, pelo Estado, de funções relacionadas aos direitos sociais. Houve uma aceleração vertiginosa do ritmo de produção das normas jurídicas e um conseqüente aumento maciço das possibilidades de sua violação. Daí a correlata importância do controle e dos mecanismos tendentes à preservação da certeza do Direito. Mas reduzir o ordenamento jurídico a esse aspecto envolve uma boa dose de fanatismo (cf. ALEX, 1997, p. 58).

Essa necessidade prática não foi resolvida de modo idêntico nos sistemas de *common law* e *civil law*: ali, optou-se pela vinculação aos precedentes; aqui, pela codificação. Os efeitos principais são comparáveis, mas há profundas diferenças quanto à respectiva estrutura (cf., por exemplo, SHENTON, in: *Dickinson Law Review*, v. XXIII, n. 2, p. 37-57, Dec.-Jan. 1918). Quando a segurança jurídica é propiciada predominantemente pela lei, o ordenamento que daí resulta é um sistema de normas abstratas, que tende a encontrar em si mesmo as respostas para todos os problemas. Se idêntico fim é propiciado pelo precedente judicial, o que se forma é um sistema aberto de normas concebidas para a decisão de alguns casos – e cuja abstração, por conseguinte, é muito menor. Em outras palavras: o ordenamento que os precedentes podem gerar é estruturalmente finito e muito mais concreto.⁴⁶

⁴⁶ Contudo, Robert Alexy adverte que um sistema que só tenha regras é incompleto e precisa dos princípios exatamente para resolver as lacunas; um sistema que só tenha princípios abstratos tende a ter solução para tudo (cf. ALEX, 1997).

Com algumas diferenças fundamentais quanto aos limites objetivos e subjetivos, nas duas grandes famílias jurídicas do Ocidente há uma fase a partir da qual o resultado do processo judicial é inalterável.⁴⁷ Na verdade, o fenômeno da coisa julgada e o respectivo conceito têm uma origem muito anterior às duas grandes técnicas de estabilização de normas (de um lado, a codificação; do outro, o *stare decisis*). E esse instituto é compatível com ambas, mesmo porque sua evolução também esteve marcada, desde os primórdios, pela estreita ligação com a segurança jurídica (valor extensível à interpretação das normas constitucionais, necessitadas, mais do que as outras, de alguma solidez).

Nesse tema nenhuma pesquisa séria, sobretudo no Brasil, pode prescindir da contribuição oferecida por Liebman, a quem devemos, aliás, boa parte do nosso interesse pelo estudo científico do direito processual civil. Na construção de sua teoria, o jovem professor partiu de um projeto fecundo: estender os efeitos da decisão a quem não tenha figurado como parte no processo em que foi proferida, sem excluir, entretanto, os meios para uma reação razoável e da qual o terceiro porventura necessite. Com esse propósito, distinguiu entre a coisa julgada e a eficácia da decisão (propriamente dita). Seu critério fundamental foi aprimorado no curso de intensa polêmica, da qual participaram alguns dos maiores juristas italianos, nem sempre simpáticos à teoria. Tantos decênios depois de formulada, é claro que diminuiu o ritmo da disputa, mas nunca esteve imune a críticas e ressalvas, tanto na Itália quanto no Brasil (cf., por todos, NEVES, 1970, p. 394-406, 414-415 e 443-447). Entretanto, a distinção feita é perfeitamente válida para o direito brasileiro e está na gênese de ensaios que atingiram um nível insuperável de consistência teórica e utilidade prática – como é o caso dos estudos elaborados, entre outros,

⁴⁷ Para uma excelente comparação entre a coisa julgada no direito norte-americano e em países da tradição romano-germânica, cf. Robert Wyness Millar (in: *Michigan Law Review*, v. 39, p. 1-36 [1ª parte], 1940; e ibidem, v. 39, p. 238-266 [2ª parte], 1940-1941).

por José Ignacio Botelho de Mesquita⁴⁸ e José Carlos Barbosa Moreira.⁴⁹

A premissa política de que Liebman se serviu é ínsita à unidade do Estado, da qual decorre a idêntica esfera de incidência de todos os seus atos de império. Mas, pelos motivos que serão expostos no desenvolvimento do trabalho, essa teoria – inclusive nas suas versões mais aprimoradas – é insuficiente para explicar o efeito vinculante. Entre outros motivos, porque tanto a coisa julgada quanto a eficácia da decisão levam em conta o que foi objeto do julgamento – e, portanto, são construídas em torno do dispositivo, ao qual pertence o acolhimento ou a rejeição do pedido. Já o efeito vinculante – como toda atribuição de eficácia a um precedente – tem o seu centro de gravidade na motivação⁵⁰ ou, antes, no critério, que servirá como norma para casos análogos. Por outro lado, a coisa julgada, assim como a eficácia da decisão, não se destina a influir na interpretação dos textos normativos: estes não são abrangidos nem por uma nem por outra.

Aliás, Pontes de Miranda (1974, t. 1, p. 171-172) alertava:

As relações jurídicas (*e*) são, necessariamente, irradiações de fatos jurídicos (*d*) e em todos os fatos jurídicos há fatos puros (*c*), que compõem ou entram na composição do suporte fático (*b*) de regra jurídica (*a*). Mas o que se quer seja declarado e se pode declarar, segundo o art. 4º, é (*e*), e não (*d*), (*c*), (*b*) ou (*a*).

⁴⁸ Da autoridade civil da coisa julgada penal. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães* (no 25º aniversário de seu falecimento). Rio de Janeiro: Forense, 1997; e A coisa julgada no Código do Consumidor. In: *Revista Forense*, v. 326, p. 79-84, abr./jun. 1994 (ora In: VÁRIOS AUTORES. *Processo civil: evolução 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, p. 141-152, 1995).

⁴⁹ A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: *Temas de Direito Processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 100-101; e os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In: *Temas de Direito Processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 90-96.

⁵⁰ Mais exatamente, no motivo.

Lições semelhantes foram ministradas por Celso Agrícola Barbi (1983, v. I, n. 49, p. 64) e Adroaldo Furtado Fabrício. Este recorda o magistério de Pontes de Miranda, acima transcrito, e explica:

O que por sentença se pode declarar é a relação, não algum elemento isolado dela: não o fato em si ou a norma em abstrato, mas a incidência de norma sobre fato. Não cabe a ação a fim de declarar simplesmente que Tício danificou bem de Caio, nem para declarar que, se alguém danificar bem de outrem, deve indenizar; admite-se, sim, para declarar que Tício, por haver danificado bem de Caio, se tornou devedor de indenização a este. [...] A correta redação do pedido de declaração, por isso mesmo, tem a maior importância para que se defina como seu objeto não o fato simples, ou o fato jurídico, ou a regra jurídica, mas sempre a *relação jurídica*. (FABRÍCIO, 1976, n. 22, p. 55).

De resto, aquele efeito não vincula o próprio Supremo Tribunal Federal: isso está explícito na Lei nº 9.882/99 e, quanto à ação declaratória de constitucionalidade, é o que resulta da própria Constituição, cujo art. 102, § 2º, limita a vinculação “aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. Por isso, segundo o conceito que adotamos, não se trata de uma eficácia da decisão: esta, precisamente por ser *erga omnes*, também alcança quem a proferiu. E, nas leis que tratam do controle concentrado, há nítida distinção entre o efeito vinculante e a eficácia contra todos, concebidos como fenômenos cumulativos, como se pode conferir nos seguintes dispositivos:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (Parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999)

A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. (§ 3º do art. 10 da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999)

Entretanto, focalizar o conteúdo e o alcance desses preceitos não é o tema deste artigo, escrito simplesmente para situá-los no vasto círculo a que pertencem.

CAZETTA JÚNIOR, J. J. Entry on fundamental categories of constitutional jurisdiction. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 143-167, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** This article analyses some fundamental categories of constitutional jurisdiction (the concepts of Constitution, its normative force and its stringency); the origin of constitutionality control, the causes for its expansion and interests served by it; the division of constitutional clauses into rules, principles and values; constitutional interpretation, with a brief reflection on its limits and peculiarities, gravitating to the delicate balance between production and application of rights; motivation of constitutional decisions, emphasizing the importance it has and the function it performs; the distinction between *res judicata* and force of decision.

• **KEYWORDS:** Constitution: stringency, normative force and direct applicability. Constitutionality control: motivation and force of decisions. *Res judicata*. Classification of constitutional clauses: rules, principles and values. Constitutional interpretation: limits and peculiarities.

Referências bibliográficas

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: *Temas de Direito Processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In: *Temas de Direito Processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ABRAHAM, Henry J. *The judicial process*. 7. ed. New York e Oxford: Oxford University, 1998.

ALEX, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. Giustizia come correttezza. In: *Ragion pratica*, n. 9, p. 105, 1998.

ANDRIOLI, Virgilio. Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi, ora In: *Studi sulla giustizia costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1992.

ARTHUR, John. *Words that bind: judicial review and the grounds of modern constitutional theory*. Boulder, S. Francisco e Oxford: Westview, 1995.

ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. I, n. 49, p. 64.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University, 1962.

BOBBIO, Norberto. *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950). In: SCARPELLI, Uberto (Ed.). *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Giuffrè, 1976.

BOGNETTI, Giovanni. *Lo Stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*. Milano: Giuffrè, 1998.

BRIGHAM, John. Judicial Review. In: HALL, Kermit L. (Ed.) *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. N. York e Oxford: Oxford University, 1992.

BUZAI, Alfredo. “Juicio de Amparo” e Mandado de Segurança (contrastes e confrontos). In: *Estudos de Direito Processual in Memoriam do Ministro Costa Manso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965. p. 134-148.

CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: Cedam, 1950.

_____. La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. In: *Opere giuridiche*, v. III. Napoli: Morano, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis. In: *Southern California Law Review*, v. 53, 1979-1980.

_____. *La giurisprudizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in Comparative Perspective. In: *California Law Review*, v. 58, n. 5, p. 1.033-1.039, Oct. 1970.

_____. *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 38-43 (separata da *Rivista di Diritto Processuale*, a. 15, 1960, p. 376-417).

_____. Amparo. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1958. v. II.

_____. *La pregiudizialità costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. *La giurisdizione costituzionale delle libertà, primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*. Milano: Giuffrè, 1955.

CARAVITA, Beniamino. *Corte 'giudice a quo' e introduzione del giudizio sulle leggi: I – La Corte Costituzionale Austriaca*. Padova: Cedam, 1985.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

CAWSON, Alan. Grupos de interés. In: BOGDANOR, Vernon (Org.). *Enciclopedia de las Instituciones Políticas* [título original: *The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions*]. Madrid: Alianza, 1987.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. In: *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.316, may 1976.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CORWIN, Edward S. John Marshall, Revolutionist Malgré Lui. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 104, n. 1, p. 9-22, 1955-1956.

CORWIN, Edward S. The "Higher Law" Background of American Constitutional Law. In: *Harvard Law Review*, v. 42, n. 2, p. 149-185 (primeira parte), Dec. 1928; e v. 42, n. 3, p. 365-409 (segunda parte).

CORWIN, Edward S. *The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law*. Ithaca, N. Y: Cornell University Press, 1929.

CORWIN, Edward S. The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress. In: *Michigan Law Review*, v. 4, p. 616-630, 1905-1906.

_____. Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review. In: _____, v. 12, p. 538-572, 1913-1914.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

CUDIHY, William J. Bonham's Case. In: *Encyclopedia of the American Constitution*, 2. ed. New York: Macmillan, 2000. v. 1.

_____. A coisa julgada no Código do Consumidor. In: *Revista Forense*, v. 326, p. 79-84, abr./jun. 1994.

_____. A coisa julgada no Código do Consumidor. In: VÁRIOS AUTORES. *Processo civil: evolução 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995).

DANIELSKI, David J. The Political Impact of the Japanese Supreme Court. In: *Notre Dame Lawyer*, v. 49, jun. 1974, p. 955-980.

DAWSON, John P. *The Oracles of the Law*. Ann Arbor: The University of Michigan Law School, 1968.

_____. The Privy Council and Private Law in the Tudor and Stuart Periods. In: *Michigan Law Review*, v. 48, n. 4, p. 393-428 (primeira parte), 1950.

_____. In: *Michigan Law Review*, v. 48, n. 5, p. 627-650 (segunda parte), 1950.

DENNINGER, Erhard. La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica, p. 316. Trad. Pérez Luño. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

DIETZE, Gottfried. America and Europe – Decline and Emergence of Judicial Review. In: *Virginia Law Review*, v. 44, n. 8, p. 1.236, Dec. 1958.

DIETZE, Gottfried. Hamilton's Federalist – Treatise for Free Government. In: *Cornell Law Quarterly*, v. 42, n. 3, p. 307-328, 1957.

_____. In: *Cornell Law Quarterly*, v. 42, n. 4, p. 501-518, 1957.

DIETZE, Gottfried. Judicial Review in Europe. In: *Michigan Law Review*, 1956-1957, v. 55, p. 539-566.

EHRlich, Stanislas. Groupes de pression. In: ARNAUD, André-Jean (Org.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1993.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge-London: Harvard University, 1980, nota 11, p. 186.

ERNST, Laura Poggi. La giustizia costituzionale nell'ordinamento federale svizzero. In: LUTHER, Jörg; ROMBOLI, Roberto; Rolando Tarchi. *Esperienze di Giustizia Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2000. t. I.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, n. 22, p. 55.

FERNÁNDEZ FARRERES, German. *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la LOTC*. Marcial Pons: Madrid, 1994.

FORTI, Ugo. I controlli dell'amministrazione comunale. In: ORLANDO, V. E. *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Milano: Società Ed. Libreria, 1915.

FRANKFURTER, Felix. John Marshall and the Judicial Function. In: *Harvard Law Review*, v. 69, n. 2, p. 217-238, Dec. 1955.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993.

GERHARDT, Michael J. The Lives of John Marshall. In: *William and Mary Law Review*, v. 43, p. 1.399-1.452, 2001-2002.

GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1981.

GIONFRIDA. Giudizio di legittimità costituzionale della legge e questioni pregiudiziali attinenti al cosiddetto processo principale. In: *Studi in onore di Eula*. Milano: Giuffrè, 1957. v. II.

GUARNIERI, Carlo. *L'indipendenza della Magistratura*. Padova: Cedam, 1981.

GUASTINI, Riccardo. Interpretazione dei documenti normativi. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XVII, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989.

_____. Legalità (principio di). In: *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IX. Torino: Utet, 1995.

HÄBERLE, Peter. *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. Trad. it. de Antonio D'Atena. Milano: Giuffrè, 2000.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. In: *Revista de Informação Legislativa*, a. 31, n. 124, p. 115-133, out./dez. 1994.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, § 2º, III, n. 60-78, p. 61/70.

KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Org. por C. Geraci. Milano: Giuffrè, 1981.

HOLMES, Oliver. LAW and the Court. In: *Collected Legal Papers*. New York: Harcourt, Brace and Howe, 1920.

LEVY, Leonard W. Constitution. In: *Encyclopedia of the American Constitution*. 2. ed. New York: Macmillan, 2000. v. 5.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale. In: *Rivista di diritto processuale*, 1957.

_____. Sulla sospensione propria e "impropria" del processo civile. In: *Rivista di diritto processuale*, 1958.

MACIVER, Robert Morrison. Pressures, social. In: *Encyclopaedia of the Social Sciences*, XII. New York: Macmillan, 1935.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Da autoridade civil da coisa julgada penal. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento)*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MILBRATH, Lester. Lobbying. In: *International Encyclopaedia of the Social Sciences*, VII. New York: Macmillan, 1968.

MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgment as res judicata in Continental and Anglo-American Law. In: *Michigan Law Review*, v. 39, p. 1-36 (1ª parte), 1940.

_____. In: *Michigan Law Review*, v. 39, p. 238-266 (2ª parte), 1940-1941.

MORTATI, Costantino. Abrogazione legislativa e instaurazione costituzionale. In: *Rivista di diritto processuale*, 1957.

NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. Dissertação (concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1970.

ÖHLINGER, Theo. La giurisdizione costituzionale in Austria. In: *Quaderni Costituzionali*, a. II, n. 3, dic. 1982, p. 543-544.

ORNAGHI, Lorenzo. Gruppi di pressione. In: *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*, III. Milano: Giuffrè, 1999.

PASQUINO, Gianfranco. Gruppi de pressione. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dizionario di politica*. 2. ed. Torino: UTET, 1983.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Controlli Costituzionali*. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988. v. IX.

_____. I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi. In: *Quaderni Costituzionali*, a. II, n. 3, p. 529-530, dic. 1982.

_____. L'interpretazione della costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1, p. 3, 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 1.

POUND, Roscoe. Hierarchy of sources and forms in different systems of law. In: *Tulane Law Review*, v. VII, n. 4, p. 482-486, 1933.

_____. National Consumers' League, *The Supreme Court and the minimum wage*: comment by the legal profession on the District of Columbia case. New York: New Republic, 1925.

ROMANO, Alberto. *La pregiudizialità nel processo amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1958.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas – Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, 1998.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional*: análisis filosófico, jurídico y

politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SATTA, Salvatore. *Commentario al codice di procedura civile*. Milano: Vallardi, 1959. v. I.

_____. Sui rapporti fra la giurisdizione costituzionale e il processo. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1959.

SCHMITT, Carl. *Il custode della costituzione*. Tradução para o italiano por A. Caracciolo [de *Der Hüter der Verfassung* (1931)]. Milano: Giuffrè, 1981.

SCHMITZ, Georg. The Constitutional Court of the Republic of Austria (1918-1920). In: *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. 2003, p. 240-265.

SCHNEIDER, Hans Meter. *La Constitución: función y estructura*. Trad. esp. de K.-J. Albiez Dohrmann e M. Saavedra López. In: *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SHENTON, Clarence G. The Common-Law System of Judicial Precedent Compared with Codification as a System of Jurisprudence. In: *Dickinson Law Review*, v. XXIII, n. 2, p. 37-57, Dec.-Jan. 1918.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado geral de Filosofia del Derecho*. 14. ed. México: Porrúa, 1999.

STAMP Act Congress, Resolutions of (October 19, 1765). In: *Encyclopedia of the American Constitution*. 2. ed. New York: Macmillan, 2000. v. 5.

STARCK, Christian. Constitutional Interpretation. In: _____. (Org.). *Studies in German Constitutionalism: The German Contributions to the Fourth World Congress of the International Association of Constitutional Law*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1995.

_____. *Constitutional Interpretation*. In: STARCK, Christian (Org.). *Studies in German Constitutionalism: The German Contributions to the Fourth World Congress of the International Association of Constitutional Law*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1995.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Cedam: Padova, 1975.

_____. *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*. In: *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*, III. Milano: Giuffrè, 1999.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Mineola, New York: The Foundation, 1988.

TROCKER, Nicolò. La pregiudiziale costituzionale. In:

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1988. fasc. 3.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

WOOD, Gordon S. American Revolution and Constitutional Theory. In: *Encyclopedia of the American*

Constitution, 2. ed. New York: Macmillan, 2000. v. 5. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

_____. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1989 [reimpr. da ed. 1988].

_____. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988.